

Betenkning om au-pairenes arbeidsrettslige stilling

- krav på lønn for utført arbeid



Professor emeritus Henning Jakhelln og postdoktor Helga Aune

Kvinnerettslig skriftserie nr. 92
Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD)

Universitetet i Oslo
2013



Avdeling for kvinnerett

Kvinnerettslig skriftserie nr. 92/2013

Tittel: Betenkning om au-pairenes arbeidsrettslige stilling – krav på lønn for utført arbeid

Forfatter: Professor emeritus Henning Jakhelln og postdoktor Helga Aune

Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD)

Institutt for offentlig rett

Universitetet i Oslo

Postboks 6706 St. Olavs plass

0130 Oslo

Besøksadresse:

Domus Nova 6. etg.

St. Olavs plass

E-post:

womens-law@jus.uio.no

Nettside:

<http://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/index.html>

Editor: Professor Anne Hellum

ISSN: 0809-621X

Betenkning om au-pairenes arbeidsrettslige stilling – krav på lønn for utført arbeid

Professor Henning Jakhelln og post.doc. Helga Aune

Oslo, 8. mars 2013

1. Innledning

Vi har av JURK blitt bedt om å redegjøre for au-pairenes arbeidsrettslige stilling, spesifikt krav på lønn for utført arbeid. Vi har samtykket til at betenkningen kan deles med andre som arbeider for å styrke au-pairers rettslige stilling, samt i opplysningsarbeid. Vi forbeholder oss retten til å bruke betenkningen ved publisering av artikkel.

I det følgende redegjøres det innledningsvis kort for au-pair instituttet og au-pair kontrakten, se punkt. 2. Under punkt 3 vurderes au-pair kontrakten krav på lønn for arbeid ut over au-pair kontrakten. Under punkt 4 gis noen synspunkter på det skjeve styrkeforholdet mellom au-pair/arbeidstaker og arbeidsgiver/vertsfamilie og hvordan nettopp den rettslige konstruksjonen setter au-pairen i en særlig sårbar stilling. Konklusjon følger i punkt. 5

2. Au-pair ordningen

Au-pair- ordningen er opprinnelig en konstruksjon som skal fremme kulturutveksling. Mot lett husarbeid skal au-pairen få bo hos en familie, være sikret kost og losji, og bli kjent med språk og kultur i et annet land. Ordningen og dens regulering er godt beskrevet i JURKS rapport av 2012. UDI har et rundskriv som definerer vilkår og betingelser for oppholdstillatelse for au-pairer som også setter tydelige krav til vertsfamiliens forpliktelser i forhold til lønn og arbeidsmengde.

Som dokumentert i JURKS rapport er det mange au-pairer som i praksis arbeider mer enn den definerte mengde i henhold til au-pair kontrakten. Spørsmålet som da oppstår er hvilken rett au-pairen har til lønn for utført arbeid. Dette er en arbeidsrettslig problemstilling som drøftes i det følgende.

Det er grunn til å nevne at au-pairene i praksis har vanskelig for å kreve sitt lønnskrav, fordi det da vil bli synlig at vilkår for oppholdstillatelse jf. au-pair ordningen som setter maksimumsgrense for antall timer arbeid per dag og uke, da er brutt. Au-pairens oppholdstillatelse er imidlertid et separat rettslig spørsmål uavhengig av det arbeidsrettslige (og skatterettslige), nemlig om au-pairen har krav på lønn for utført arbeid.

3. Au-pairers lønnskrav i et arbeidsrettslig perspektiv

Det arbeidsrettslige utgangspunkt for når et arbeidsforhold består er ganske enkelt. Er det inngått avtale om utførelse av arbeid, gjennom tilbud og aksept, er avtale om arbeid inngått. Muntlige avtaler er like bindende som skriftlige.

Det sentrale for vurderingen av om arbeidsforhold foreligger er om arbeidsgiver har instruert arbeidstaker til å gjøre et stykke arbeid. Det blir et bevis spørsmål om hva som må anses for avtalt. Som bevis kan tenkes at au-pairen kan fremlegge logg over arbeidsoppgaver, vitneerklæringer, eller utskrifter på sms fra arbeidsgiver hvor arbeidsoppgaver fremgår. Motsatsen til et ansettelsesforhold med en arbeidsgiver og en arbeidstaker relasjon er hvor en person kjøper tjeneste av en selvstendig næringsdrivende. En selvstendig næringsdrivende driver sin virksomhet for egen regning og risiko. Det vil si at en selvstendig næringsdrivende eier sitt verktøy og driftsmidler selv, bestemmer selv hvilke arbeidsoppgaver som skal gjøres etter å ha akseptert en kontrakt og bestemmer ikke minst hvordan, på hvilken måte arbeidet skal utføres. En selvstendig næringsdrivende skiller seg på disse punktene fra en au-pair som utfører arbeid ut over au-pair kontrakten foreskriver. En au-pair vil ikke eie det utstyr som skal til for å rengjøre hjemmet og vil befinne seg i «vertsfamiliens» hjem hvor eventuelt pass av barn eller eldre finner sted. Det vil være vertsfamilien/arbeidsgiveren som bestemmer/bestiller hva som skal gjøres av oppgaver og hvordan disse ønskes gjort. Dette gjelder også når det dreier seg om arbeidsoppgaver som i sitt innhold ligger ennå lenger vekk i form eller geografisk, fra det arbeid som omfattes av au-pair kontrakten.

Arbeidsmiljøloven gjelder forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, jf. aml. § 1-2 og § 1-8. Med arbeidstaker menes enhver som utfører arbeid i annens tjeneste, jf. § 1-8 (1). Med arbeidsgiver menes enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste, jf. § 1-8 (2). Det er det reelle forhold som er avgjørende for om et arbeidsforhold eksisterer, ikke det formelle. Det vises for øvrig til note 2 og 3 til § 1-8 i kommentarer til arbeidsmiljøloven: www.arbeidsrett.no. Cappelen Damm Akademisk, Jakhelln, Aune, Lenth og Kroken (red.).

Arbeidsmiljøloven angir i § 14-5 hva som skal stå av informasjon i en arbeidsavtale. Dette er en ordensbestemmelse og plikten påligger arbeidsgiver. Det har følgelig ikke betydning for vurderingen av om en arbeidskontrakt er inngått eller ikke. Tilsvarende gir § 14-15 regler om utbetaling av lønn og feriepenger. Dersom det ikke kan dokumenteres hva som er avtalt timelønn for arbeid er det naturlig å se hen til det alminnelige lønnsnivå for tilsvarende arbeid i sammenlignbare bransjer. Avhengig av arbeidets karakter, vil det for au-pairer være naturlig å se hen til forskrift om allmenngjøring av tariffavtale om lønn for renholds bransjen FOR-2011-06-21-673 eller til sammenlignbart lønnsnivå for pass av barn.

Det er etter aml. § 1-5 gitt en forskrift for arbeid som utføres i arbeidsgivers hjem: FOR 2002-07-05 nr. 716: Forskrift om husarbeid, tilsyn og pleie i privat arbeidsgivers hjem eller hushold. Forskriften gjelder for arbeid som overskrider au-pair kontraktens definerte arbeidsmengde. Det vil si at arbeidsmiljølovens regler, med de presiseringer som følger av forannevnte forskrift, gjelder i de tilfeller hvor det foreligger et arbeidsforhold. Dette ble også presisert i

en dom fra Oslo tingrett 18. februar 2008 (TOSLO-2007-130127), men hvor retten i den aktuelle sak ikke fant det bevist at det var utført arbeid ut over au-pair kontrakten.

4. Au-paires sårbar stilling – det skjeve maktforhold

Noen særskilte forhold krever oppmerksomhet når det gjelder arbeidsoppgaver som anses for å følge av au-pair avtalen. Det knytter det seg særskilte hensyn til den sårbare stilling en au-pair har når vedkommende også bor sammen med sin arbeidsgiver. Dette sårbarhetsaspektet forsterkes når det henses til au-pair ordningens konstruksjon, hvor brudd på au-pair kontrakten betingelser hva gjelder arbeidsmengde lett kan få konsekvenser for oppholdstillatelsen. Au-pairen vet at brudd på kontrakten kan bety hjemsendelse etter reglene om oppholdstillatelse. I tillegg vet de fleste at manglende innrapportering av lønn til skattemyndighetene vil være i strid med skattereglene. JURKS rapport avdekker at flere au-pairer kommer fra land hvor politiet er en fryktet instans.

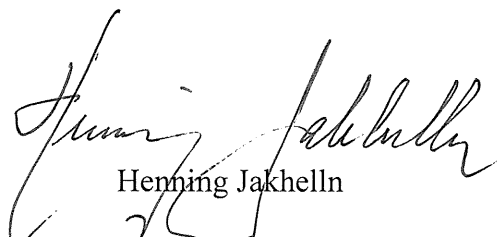
I tillegg er det et eget moment at au-pairer er unge mennesker mellom 18 og 30 år. Vertsfamilien/arbeidsgiveren er ofte mange år eldre. Vertsfamilien ses som en arbeidsgiver som en au-pair ønsker å ha gode relasjoner til for å sikre et best mulig opphold. I tillegg kommer kulturaspektet, at au-pairer ofte kommer fra land med utbredt bruk av hushjelpere som en profesjon og hvor det ikke er naturlig å nekte å adlyde arbeidsgiverens instruksjoner. Disse momentene forsterker arbeidsgivers/vertsfamiliens plikt til å sikre at de kontraktsrettslige forhold overholdes, også arbeids- og skatterettslig.

5. Konklusjon

Dersom en au-pair har utført arbeid ut over au-pair kontrakten har au-pairen krav på lønn og er å anse som en arbeidstaker dekket av arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrift om arbeid i privat arbeidsgivers hjem. I tillegg til lønnskrav kommer krav på feriepenger, jf. ferieloven. Au-pairen må selv besørge at skatt innbetales av erstatningen.

Lønnskrav som fremmes som en post under et av flere poster om erstatning for økonomisk tap i straffesak, vil da komme i tillegg til øvrige krav om oppreisning og krav etter skadeserstatningsloven § 3-3.

Oslo 8. mars. 2013


Henning Jakhelln
Professor emeritus

og


Helga Aune
Post.doktor